

Article

« Observations sur la première partie du Rapport de l'O.R.C.C sur la famille »

Ernest Caparros

Les Cahiers de droit, vol. 16, n° 3, 1975, p. 621-643.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042039ar>

DOI: 10.7202/042039ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Observations sur la première partie du Rapport de l'O.R.C.C. sur la famille

Ernest CAPARROS *

	Page
I - Remarques préliminaires : La philosophie du Rapport	622
A - Les causes de séparation de corps et de divorce	623
B - L'union de fait	623
II - La faiblesse des solutions techniques proposées concernant le régime primaire	625
A - Les principes fondamentaux du régime primaire	625
1. Le caractère impératif du régime primaire	625
2. La possibilité de limiter les pouvoirs des époux	627
B - Les éléments constitutifs du régime primaire	628
1. La contribution aux besoins de la famille	628
a) L'obligation conjointe de contribuer aux besoins de la famille	628
b) La responsabilité pour les dettes contractées pour les besoins de la famille	630
2. La protection de la demeure familiale	635
3. La protection des intérêts de la famille par voie judiciaire	639
a) Les propositions dans le but d'éviter l'impasse	639
b) Les propositions dans le but de sanctionner l'infraction de la règle du concours	642

* Docteur en droit, professeur agrégé à l'Université Laval. En congé sabbatique.

1. La direction des *Cahiers de Droit* nous demande nos commentaires concernant le *Rapport sur la famille*¹, pour les joindre à ceux que d'autres collègues publient dans ce même numéro. Il est évidemment impossible, dans le délai qu'on nous accorde, de faire des commentaires sur toutes les propositions de ce *Rapport*. Nous nous limiterons à quelques remarques préliminaires concernant la philosophie du *Rapport*, reprenant en partie celles que nous avons déjà adressées à l'Office² et nous ferons par la suite une étude plus détaillée des propositions de réforme concernant le régime primaire.

REMARQUES PRÉLIMINAIRES: LA PHILOSOPHIE DU RAPPORT

2. Le Comité propose dans son *Rapport* un droit de la famille unifié (c'est-à-dire sans égard aux problèmes constitutionnels créés par le partage des compétences de la Constitution canadienne) à la demande expresse du président de l'Office³. Il y a, dans cette démarche, un aspect très positif, car il est évident que le droit de la famille doit émaner d'un seul pouvoir législatif si on veut qu'il soit basé sur une même conception⁴. Il s'agit donc d'un présupposé nécessaire à l'établissement d'une philosophie de base.

3. « Le Comité s'est efforcé d'accorder le droit de la famille aux valeurs nouvelles de la société québécoise »⁵ voulant ainsi présenter « une vue d'ensemble de ce que pourrait être le droit de la famille de l'avenir »⁶. Élément aussi, du moins à première vue, très positif.

En outre, le Comité fait sienne l'affirmation de F. Elkin à l'effet que la famille ne disparaît pas, elle change, mais conservant toujours « les fonctions essentielles d'intégrer ses membres dans la société, de socialiser les enfants et de stabiliser les relations entre l'homme et la femme »⁷.

1. O.R.C.C. COMITÉ DU DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE, *Rapport sur la famille*, première partie, Montréal, polycopié, 1974, cité *R.F.*, I. L'essentiel de ce *Rapport* est reproduit *supra*, p. 575.

2. Une partie de ces remarques a déjà été publiée: voir E. CAPARROS, « Le droit de la famille de l'avenir: Un rapport de l'Office de révision du Code civil qui laisse la famille sans avenir », *Le Devoir*, Montréal, 7 janvier 1975, p. 5.

3. Voir *R.F.*, I, p. 5.

4. La Commission de réforme du droit du Canada propose aussi une certaine unification dans ce domaine: voir *Document de travail: les biens des époux*, dans *Études sur le droit des biens de la famille*, Ottawa, Information Canada, 1975, section en couleur, pp. 1-2.

5. *R.F.*, I, p. ii.

6. *Id.*, p. 9.

7. *Id.*, p. 3.

4. Ainsi, la philosophie de base du *Rapport* peut se résumer à ces trois points: 1) unification du droit de la famille sous un pouvoir législatif unique, 2) proposition d'un droit de la famille de l'avenir et 3) maintien des fonctions essentielles à la famille. Trois piliers incontestables. Malheureusement, le Comité, hormis le premier aspect, ne les a pas toujours respectés. Il est impossible de signaler ici toutes les propositions qui s'opposent à ces aspects fondamentaux, mais il faut illustrer notre affirmation par des exemples.

A - Les causes de séparation de corps et de divorce

5. Il serait difficile de prétendre que les propositions du *Rapport* concernant les causes de séparation de corps ou de divorce⁸ sont faites dans le but de stabiliser les relations entre les conjoints. En effet, considérer que « le divorce ou la séparation de corps est prononcé, à la demande de l'un des époux, lorsque la vie commune est devenue intolérable » (art. 77) et présumer, ensuite, que la vie commune est devenue intolérable « lorsque les époux ont, d'un commun accord, vécu séparés pendant une période d'au moins un an précédant immédiatement la présentation de la demande et consentent à la séparation de corps ou au divorce » (art. 78,3) n'est pas le moyen le plus efficace pour favoriser la stabilité des mariages. Bien au contraire, ces causes s'inspirent d'un souci de relâchement des liens du mariage et, par conséquent, aboutiront davantage à la destruction de la famille qu'à la promotion de la famille de l'avenir. Ce n'est certes pas en favorisant le divorce qu'on fortifiera la famille. Et moins encore lorsqu'on se situe à peine à un pas du divorce par consentement mutuel.

B - L'union de fait

6. Le *Rapport* propose une réglementation juridique de ce qu'il appelle — avec un euphémisme pudique — l'union de fait⁹. Le Comité ne veut pas — affirment ses auteurs — « institutionnaliser une forme d'union moins stricte que le mariage. Il a tout simplement voulu résoudre certains problèmes posés par les unions de fait »¹⁰.

Accorder au concubinage — puisqu'il vaut mieux appeler les choses par leur nom — droit de citer en droit civil n'est pas la meilleure façon de favoriser la stabilité entre conjoints ni, par conséquent, l'épanouissement de la famille.

En effet, l'union entre un homme et une femme donne lieu à une relation sociale et à une relation juridique. Dans le concubinage la relation sociale

8. Voy. *id.*, arts 77 et 78,3.

9. Voy. *id.*, arts 102-108, pp. 285-302.

10. *Id.*, p. 286.

existe, mais les concubins ont volontairement écarté de leur union la relation juridique : le mariage. Ils n'ont pas voulu accepter la structure juridique bâtie sur l'échange public de consentements, que le législateur offre aux gens mariés dans le but de protéger leur union et d'assurer leurs droits. Il est illogique que le législateur veuille s'infiltrer dans un milieu qui se veut au départ, et qui se tient par la suite, hors la loi.

7. Le fait que les concubinages soient plus fréquents ou du moins plus publics que jadis n'autorise pas le législateur à les légitimer. Avec un raisonnement semblable, le corps médical devrait, en cas d'épidémie, décréter que la maladie en question est devenue une manifestation de santé.

Le législateur doit, sans aucun doute, prendre en considération les réalités sociales, mais à leur mérite. Il y a des réalités socialement bénéfiques, d'autres indifférentes, d'autres nuisibles ; le législateur doit en tenir compte pour les protéger, les permettre ou les combattre, selon le cas. Mais cela exige que la réflexion collective se fasse en se basant sur une philosophie juridique et ne se limite pas à chercher des solutions techniques à des réalités sur l'effet social desquelles on ne s'est pas prononcé au préalable. Que dans la réalité familiale il y ait une évolution, personne le conteste ; mais dans cette évolution il y a des éléments très bénéfiques pour la famille, d'autres le sont moins et d'autres sont néfastes aussi bien pour la famille que pour la société. Nous considérons que le législateur ne doit se laisser guider que par le bien commun de la société et ce souci le force, dans certains cas, à combattre des réalités qui sont socialement nuisibles, même s'il doit, alors, aller à contre-courant.

Mais, nous dira-t-on, des situations pénibles peuvent se produire entre concubins si le législateur n'intervient pas ! Certes, mais cela sera la responsabilité des seuls concubins. Ces situations pénibles mettent en évidence l'injustice foncière du concubinage, dont les premiers à en souffrir peuvent être les concubins eux-mêmes. Ce n'est pas en élevant le concubinage au rang des institutions juridiques qu'on pourra écarter les injustices qui lui sont inhérentes.

8. Ces deux exemples, extraits des recommandations du *Rapport*, peuvent suffire pour l'instant à souligner que le Comité ne cherche pas toujours le bien de la famille de l'avenir. Il propose aussi, par ailleurs, des dispositions qui peuvent se changer en outils d'auto-destruction de la famille. Il en est ainsi du droit accordé à l'épouse de désavouer son mari comme père de son enfant ¹¹, car un tel désaveu du mari est en même temps un aveu de l'adultère de l'épouse.

Mais limitons-nous à ces exemples, puisqu'il faut aussi souligner la faiblesse de quelques solutions techniques en rapport avec le régime primaire.

11. Voy. *id.*, art. 116, pp. 321-324.

II

**LA FAIBLESSE DES SOLUTIONS TECHNIQUES PROPOSÉES
CONCERNANT LE RÉGIME PRIMAIRE**

9. Le Comité du droit des personnes et de la famille, comme en 1966 le Comité des régimes matrimoniaux, se refuse d'instaurer un régime matrimonial primaire complet, comme l'ont fait bon nombre de législateurs depuis plus de vingt ans. Il procède ainsi à l'encontre d'un courant évolutif qui tend à se généraliser, comme nous l'avons établi ailleurs¹².

10. Pour nous, le régime primaire comprend : d'une part 1) des principes fondamentaux, savoir : a) le caractère impératif du régime et b) la possibilité de limiter les pouvoirs des époux, et d'autre part 2) des éléments constitutifs du régime primaire, savoir : a) la contribution aux besoins de la famille, b) la protection de la demeure familiale et c) la protection des intérêts de la famille par voie judiciaire. C'est en suivant ce cadre, que nous avons déjà étudié ailleurs¹³, que nous ferons l'analyse et la critique des propositions du *Rapport sur la famille*.

A – Les principes fondamentaux du régime primaire**1 – Le caractère impératif du régime primaire**

11. Au Québec il y a, bien sûr, le chapitre VI, du Titre V, du Livre I du *Code*, dans lequel on trouve actuellement la réglementation « Des droits et devoirs respectifs des époux », mais cette réglementation est encore imbue d'individualisme. Il est impossible de parler de régime primaire à son sujet, car ce régime exige une dimension plus sociale, il exige qu'on considère la famille comme groupe. Néanmoins, les normes contenues dans ce chapitre n'en demeurent pas moins impératives.

12. Par ailleurs, le Comité du droit des personnes et de la famille de l'Office de revision, dans son *Rapport sur la famille*, propose un regroupement de toutes ces dispositions au chapitre VII, « Des effets du mariage », du sous-titre I, « Du mariage », du « Titre de la famille ». Ce chapitre VII est divisé en deux sections, la première réglementant « Les droits et devoirs respectifs des époux » et la seconde, « La résidence familiale ». Dans ce chapitre, le Comité propose bon nombre de modifications qui seront analysées dans notre texte. Il convient ici de préciser le caractère impératif de cette réglementation proposée. Il sied, néanmoins, de souligner d'emblée que le Comité ne propose

12. Voy. E. CAPARROS, *Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits comparé et québécois*, Montréal, P.U.M., à paraître en 1975, n° 81-186 et 262-345.

13. Voy. E. CAPARROS, « Les régimes matrimoniaux au Québec », dans C.R.D.C., *Études sur le droit des biens de la famille*, Ottawa, Information Canada, 1975, n° 20-48, pp. 25-41 et les références.

pas un régime primaire, du moins dans le sens que nous l'entendons, se limitant plutôt, dans un esprit encore fort individualiste, à proposer des modifications plus ou moins heureuses.

13. Au sujet du caractère impératif des dispositions proposées par le Comité, il y a une ambiguïté. En effet, sans un article explicite, il est facile d'arriver à la conclusion que ces dispositions sont impératives. Néanmoins, le Comité propose un texte explicite mais à portée limitée. Il s'agit de l'article 71, qui se lit : « Les dispositions de la *présente section* sont impératives et s'appliquent à tous les époux, quel que soit leur régime matrimonial », et le Comité d'expliquer que « cet article rend impératives, par le seul fait du mariage, les *dispositions concernant la protection de la résidence familiale*. On ne peut y déroger par quelque stipulation que ce soit »¹⁴. Est-ce qu'on pourrait arriver à la conclusion que le Comité n'a pas voulu rendre impératives les dispositions concernant les droits et devoirs respectifs des époux ? Si telle était l'intention du Comité, nous pensons que l'incongruité serait monstrueuse, car, d'un côté, le chapitre ou la section réglementant les droits et devoirs des époux a toujours été considéré comme d'ordre public et avec caractère impératif, sans que le législateur ait besoin de le dire explicitement, et, de l'autre côté, la disposition expresse de l'article 71 du *Rapport* peut semer le doute et permettre même une interprétation *a contrario* qui enlèverait le caractère impératif à la première section, alors que l'absence de ce texte aurait eu comme conséquence qu'on considère tout le chapitre — aussi bien la section sur les droits et devoirs des époux que la section sur la résidence familiale — comme impératif.

Il nous apparaît assez évident que, pour écarter ces doutes, l'Office de revision devrait donner à l'article 71 une portée explicite et générale concernant tout le chapitre des effets du mariage, sauf disposition expresse au contraire à l'intérieur de ce même chapitre. Agir autrement, comme le fait le *Rapport*, est avouer très explicitement que l'Office ne veut pas de régime primaire pour le Québec et qu'il ne souhaite qu'une réglementation partielle touchant seulement l'un des éléments du régime. Cette façon de procéder n'est pas la meilleure pour protéger la famille, comme l'étude du droit comparé le démontre¹⁵. Il reste à savoir si l'Office de revision veut protéger la famille.

14. Ainsi, au Québec, au stade actuel du développement du droit, il est possible d'affirmer que, si l'Office de revision modifie le texte des propositions du Comité, les dispositions concernant les effets du mariage auront un caractère impératif, même si, comme nous le verrons, il n'est pas possible de parler de régime primaire.

14. *R.F.*, I, p. 204. Les italiques sont de nous.

15. Voy. E. CAPARROS, « Remarques sur l'avant-projet de protection de la résidence familiale », (1971) 12 C. de D. n° 1.2, pp. 318-320 et les références.

2 - La possibilité de limiter les pouvoirs des époux

15. En revanche, le *Rapport sur la famille* semble se ranger du côté des législateurs qui l'ont reconnu explicitement. En effet, l'article 42 propose : « Le mariage n'affecte pas la capacité juridique des époux ; seuls leurs pouvoirs peuvent être limités par le régime matrimonial et les dispositions du présent chapitre »¹⁶. Comme cet article est proposé au début de la section I du chapitre VII, portant sur les effets du mariage, il voudrait indiquer que, outre la réglementation des régimes matrimoniaux, parmi les dispositions de tout le chapitre, on peut en trouver qui limitent les pouvoirs des époux.

Cependant, les explications du Comité exigent qu'on s'y arrête : « Cet article reprend le principe de l'article 177 du *Code civil* en y ajoutant une référence aux articles du chapitre suivant relatif à la résidence familiale en vertu desquels un époux ne jouit pas d'un pouvoir absolu sur les meubles meublants ou sur la résidence familiale même s'il en a la propriété »¹⁷. Il nous semble qu'il y a une discordance entre le texte de l'article proposé et les explications données. En effet, l'article parle des *dispositions du présent chapitre* alors que les notes explicatives indiquent que l'article proposé modifie le texte de l'article 177 actuel *en y ajoutant une référence aux articles du chapitre* (il s'agit de toute évidence d'un *lapsus calami*, puisque c'est le mot « section » qu'on doit y lire) *suivant relatif à la résidence familiale*. Ainsi, à lire seulement l'article 42 proposé, on peut aisément étendre la possibilité de limiter les pouvoirs des époux à toutes les dispositions du chapitre VII. Mais, selon les notes explicatives, cette possibilité n'existerait qu'à l'intérieur de la section sur la résidence familiale. Si telle était l'intention du Comité, l'article serait soit imprécisément rédigé, soit, en partie, mal placé. Expliquons-nous : rédaction imprécise, car pour correspondre aux notes explicatives le dernier membre de phrase aurait dû se lire « et les dispositions de la section suivante » ; mal placé, en partie, car si, outre la réglementation des régimes matrimoniaux, les pouvoirs ne peuvent être limités que par les dispositions de la section sur la résidence familiale, cette partie de l'article 42 aurait dû se trouver à l'intérieur de cette section.

16. Quoi qu'il en soit, nous préférons le sens de l'article 42 proposé à celui des notes explicatives. Le texte de l'article est, au moins, clair et reconnaît cette possibilité de limiter les pouvoirs des époux par des dispositions générales sur les effets du mariage.

Mais tout n'est pas mauvais dans ce *Rapport*. En effet, dans ses propositions, on trouve une solution au déséquilibre existant actuellement à cause du mandat légal, concernant la contribution aux besoins de la famille. Néanmoins, cette solution¹⁸ doit être étudiée avec les éléments constitutifs du régime primaire.

16. *R.F.*, I, p. 151.

17. *Id.*, p. 152.

18. *Voy. R.F.*, I, arts 40, 46, 47, 49, 50.

B - Les éléments constitutifs du régime primaire

17. Comme nous l'avons esquissé plus haut¹⁹, les éléments constitutifs du régime primaire sont, à notre avis, la contribution aux besoins de la famille, la protection de la demeure familiale et la protection des intérêts de la famille par voie judiciaire. Nous en ferons l'étude dans l'ordre que nous venons d'énoncer.

1 - La contribution aux besoins de la famille

18. Cet élément constitutif du régime primaire comprend d'un côté l'obligation conjointe de contribuer aux besoins de la famille et, de l'autre, la responsabilité pour les dettes contractées pour les besoins de la famille.

a) L'obligation conjointe de contribuer aux besoins de la famille

19. L'Office de révision a semblé comprendre le besoin d'établir, dans la réglementation générale du mariage, l'obligation conjointe des époux de contribuer. En effet, le *Rapport sur la famille* propose à l'article 46 la disposition suivante: « Les époux contribuent aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives, sous réserve des stipulations de leurs conventions matrimoniales »²⁰. Il s'agit du regroupement²¹ dans un seul article des dispositions substantiellement répétitives des articles 1266q, 1438 et 1447, qui réglementent cette obligation de contribuer dans différents régimes matrimoniaux et qui seraient abrogés. Mais les notes explicatives considèrent aussi que l'article 46 proposé entraîne « également l'abolition de l'article 1425h C.c. qui oblige l'épouse à contribuer aux charges du ménage sur ses biens réservés nonobstant toute convention contraire »²². Nous ne pensons pas, toutefois, que l'article 46 proposé entraîne l'abrogation de l'article 1425h du *Code*, car en communauté de meubles et acquêts l'article 1280, par. 5 édicte que les charges du mariage font partie du passif de la communauté et, si l'on n'oublie pas que les biens réservés sont par leur nature des biens communs, il nous semble que la disposition de l'article 1425h n'est pas du même genre que celles des articles 1266q, 1438 et 1447. Par conséquent, elle ne devrait pas être abrogée; son abrogation pourrait entraîner l'inapplication de l'article 46 proposé au régime de communauté, ce qui nous paraît aller à l'encontre de l'économie des réformes déjà accomplies et de celle qui est proposée.

19. Voy. *supra*, n° 10.

20. *R.F.*, I, p. 157.

21. Nous demandions ce regroupement depuis 1966: voy. E. CAPARROS et R. MORISSET, « Réflexions sur le Rapport du Comité des régimes matrimoniaux », (1966-67) 8 *C. de D.* pp. 195-197, et E. CAPARROS, « Remarques sur le Bill 10 et loi concernant les régimes matrimoniaux », (1969) 10 *C. de D.* p. 500.

22. *R.F.*, I, p. 160.

20. Cependant, il est possible que le Comité ait eu à l'esprit, en rédigeant ses notes explicatives, seulement le début de l'article 1425h, soit les mots « Nonobstant toute convention au contraire », et que l'abrogation de l'article vise alors la possibilité pour la femme commune de stipuler que les charges du mariage seront la responsabilité du mari seul. Nous le formulons comme hypothèse, bien qu'elle nous semble contraire à l'économie d'égalité mise de l'avant depuis 1964 et très explicitement présente dans le *Rapport sur la famille*. En effet, l'équilibre entre les époux — ou si on le préfère l'égalité — conduit nécessairement à l'obligation conjointe de contribuer aux charges du mariage, même si cela n'exclut pas les conventions matrimoniales, mais à condition que les clauses stipulant la contribution n'aillent pas à l'encontre du principe de la contribution. En d'autres mots, un contrat de mariage établissant que les charges du mariage seront assumées *exclusivement* par l'un des époux ne nous semblerait pas pouvoir être reçu sous l'égide d'une disposition comme l'article 46 proposé. D'autant plus que l'article 47 proposé impose — en cas de nécessité, il est vrai — à l'un des époux d'aller au-delà de sa part contributive lorsque son conjoint n'est plus en état de contribuer dans la proportion stipulée²³. Ainsi, « une clause exonérant l'un des conjoints de toute contribution, serait contraire à l'idée de collaboration des époux qui est un élément fondamental du mariage contemporain et serait donc nulle »²⁴. Nous partageons pleinement cette opinion, même si nous accepterions volontiers des clauses stipulant des modalités différentes de contribution, soit l'un des conjoints assumant la contribution en travail et l'autre en argent, bien que des partages étanches dans ce domaine soient fort difficiles.

En outre, le Comité affirme, dans les notes explicatives à l'article 46, que cette disposition ne concerne que les époux eux-mêmes, les droits des tiers étant régis par d'autres dispositions. Il faut signaler que le Comité semble faire un autre *lapsus calami*, puisqu'il affirme que ces droits de tiers sont régis par les articles 54 et suivants, alors qu'on aurait dû lire les articles 49 et suivants.

Par ailleurs, le Comité du droit des personnes et de la famille propose aussi un article 48 prévoyant intervention du tribunal en cas de désaccord sur la part contributive de chaque conjoint.

21. En revanche, le Comité ne propose pas de réglementation *explicite* concernant la possibilité de fournir la contribution aux besoins de la famille par un apport en travail. Le *Rapport* ne contient pas le moindre signe de la reconnaissance de la contribution en nature. Il conserve comme seul mode de contribution celle qui est faite en argent. Il ignore ainsi, du moins explicitement — nous ignorons les intentions *in pectore* des membres du Comité —, la contribution qui peut se faire par le travail de la femme au foyer ou par sa collaboration à l'industrie du mari, ou encore la contribution

23. Voy. *R.F.*, I, p. 159.

24. J. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille*, t. I: *Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, n° 1650, p. 927, et dans le même sens voy. G. BRIÈRE, « Les charges du mariage », (1967) 2 *R.J.T.* 466.

que le mari pourrait faire dans les mêmes circonstances. Le Comité écarte cette possibilité malgré les développements en droit comparé dans ce domaine²⁵, les recommandations faites à l'Office à ce propos²⁶, et les décisions de jurisprudence dans ce sens²⁷, sans oublier les recommandations de la Commission de réforme du droit du Canada, en particulier à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Murdoch*²⁸. Il s'agit d'une faille assez importante que le *Rapport*, d'ailleurs, passe sous silence. Ainsi, le droit québécois pourra avoir le « privilège » d'être cité comme exception parmi les systèmes juridiques dont la législation concernant les effets du mariage a été réformée dans les dernières décennies. L'attitude du Comité est d'autant plus critiquable que son silence est absolu. Tout ce que l'on peut dire c'est qu'il se refuse d'insérer le *Code civil* du Québec dans l'évolution des régimes matrimoniaux, du moins sous cet aspect.

* * *

22. Nous pouvons constater que, par la voie de l'obligation de contribuer aux besoins de la famille, les systèmes juridiques qui ont adopté des régimes primaires ont effectivement limité les droits des époux, ou du moins leurs pouvoirs, au profit des droits de la famille. En effet, puisque, dans ces régimes, l'obligation de contribuer aux besoins de la famille incombe aux deux époux, les deux éprouvent, en rapport avec leurs biens ou leurs activités, d'une façon très directe, l'incidence et la priorité des intérêts du groupe familial sur leurs intérêts individuels. Cette priorité se fait sentir davantage lorsque le droit positif interdit aux époux de disposer des gains et salaires avant d'avoir satisfait les besoins de la famille ou lorsqu'il leur impose d'entamer leur fortune personnelle pour satisfaire de tels besoins. Mais elle se fait aussi sentir dans d'autres cas.

Cependant, fixer le principe de l'obligation conjointe de contribuer aux besoins de la famille n'est qu'un aspect de la question. Il faut aussi, à cause des interrelations très étroites qui existent dans ce domaine, réglementer la responsabilité par les dettes contractées pour satisfaire ces besoins.

b) La responsabilité pour les dettes contractées pour les besoins de la famille

23. Les propositions du Comité concernant l'obligation aux dettes du ménage sont sans aucun doute celles qui renferment les plus grandes

25. Notamment les codes de la France, la Hollande et la République fédérale allemande, aussi bien que des tribunaux anglais; voy. pour une étude de ces questions E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 12, n^{os} 89 et 98 et les références.

26. Voy. E. CAPARROS et R. MORISSET, *loc. cit. supra*, note 21, pp. 196-197.

27. Voy. parmi les jugements publiés, *Morin v. Gagnon*, 1973 C.S. 279, (J. MARQUIS).

28. Voy. C.R.D.C., *Document de travail*, *op. cit. supra*, note 4, pp. 3-5, 7 et *passim*.

faiblesses techniques. Il sied de s'y attarder ici. Cette question est réglée par le Comité en trois articles qu'il nous semble préférable de reproduire :

Art. 49 :

Chacun des époux peut agir seul pour les besoins courants du ménage et l'entretien des enfants. L'époux contractant s'oblige alors pour le tout ; il engage également son conjoint dans la mesure où celui-ci était tenu de contribuer aux charges du mariage²⁹.

Art. 50 :

Toutefois, le conjoint de l'époux contractant n'est pas obligé à la dette s'il a porté à la connaissance des tiers sa volonté de n'y être pas engagé³⁰.

Art. 51 :

L'époux contractant qui agit expressément à titre de mandataire de son conjoint ne s'oblige pas personnellement³¹.

24. Limitons-nous, dans un premier temps, à l'analyse de la première de ces dispositions proposées. Nous prendrons en considération par la suite les notes explicatives et les autres dispositions.

L'article 49 propose d'accorder à chaque époux le pouvoir d'agir seul pour les besoins du ménage. Ainsi, en corrélation avec l'obligation réciproque de contribuer aux besoins du ménage, l'article propose que chaque époux détienne le droit-fonction de contracter pour ces besoins. Il s'agit d'une fonction logiquement confiée aux deux époux, chacun pouvant représenter l'union conjugale, sans pour autant agir comme mandataire de l'autre.

Cependant, l'époux qui exerce cette fonction contracte ainsi — propose le second alinéa de l'article 49 — une obligation pour le tout, alors que son conjoint voit son engagement réduit à sa part contributive. Le rejet de la solidarité a conduit le Comité à proposer cette solution qui, à première vue, semble fort convenable : le contractant s'engage pour le tout, son conjoint n'est engagé que dans la mesure où il est tenu de contribuer aux charges du mariage. On doit affirmer que les créanciers pourront poursuivre le paiement de leur dette contre leur contractant et contre le conjoint du contractant jusqu'à concurrence de la part contributive de ce dernier. Cette solution, convenable à première vue, recèle, néanmoins, beaucoup de difficultés à y regarder de plus près.

25. Comment les tiers devront-ils procéder ? Si leur recours contre le conjoint de leur cocontractant est limité par la mesure de la part contributive de ce dernier, devront-ils connaître d'avance cette part contributive ? Comment pourront-ils s'informer ? Si les époux ont un contrat de mariage, ils pourront toujours le consulter, mais une telle consultation ne leur garantit pas que les époux, dans les faits, ne procèdent pas, quant à leur contribution, de façon différente aux stipulations du contrat. Le créancier pourra s'en tenir aux clauses du contrat et poursuivre en conséquence. Mais quoi faire lorsque

29. *R.F.*, I, p. 161 et 163.

30. *Id.*, p. 165.

31. *Id.*, p. 167.

les époux sont mariés sous le régime légal ou encore lorsque la clause stipulant la contribution n'est pas explicite? Est-ce que le créancier pourra poursuivre les deux époux, présumant que le conjoint de son cocontractant est aussi engagé? Nous pensons qu'il pourra agir ainsi même en présence d'un contrat de mariage stipulant la contribution des conjoints, car nous ne considérons pas que le fardeau de la preuve de la part contributive de chacun des conjoints revienne au créancier.

Mais, dans ce cas, comment l'époux non contractant fera-t-il la preuve que la dette dépasse sa part contributive? Devra-t-il étaler devant le tribunal le détail de ses contributions? Des derniers mois? De l'année? Depuis le mariage? Est-ce que les époux devront tenir une comptabilité détaillée de leur contribution pour éviter des condamnations dépassant leur part? Et, encore, comment l'époux non contractant pourra-t-il faire cette preuve lorsqu'il est le plus fortuné des deux, lorsque ses facultés dépassent celles de son conjoint? Et est-ce que l'époux contractant pourra, lui, faire la preuve que son conjoint n'a pas contribué, ou qu'il n'a pas encore épuisé sa part contributive?

Toutes ces questions jaillissent parce que, à notre avis, le critère employé pour départager la responsabilité n'est pas suffisamment précis. En effet, dire que l'époux non contractant est engagé dans la mesure où il est tenu de contribuer aux charges du mariage est employer la part contributive comme critère pour déterminer qui est tenu au paiement. Or cette part contributive est fixée, toujours en respectant le principe de l'obligation conjointe, entre les époux, mais les tiers ne sont pas tenus de la connaître. D'ailleurs, cette part contributive n'est pas normalement un paiement stéréotypé, comme les versements d'une hypothèque ou d'un prêt à la banque; elle est davantage une contribution qui s'ajuste aux besoins du ménage et qui varie en raison des besoins. L'article 47 proposé en est une preuve évidente; nous pensons même que l'époux contractant pourra l'invoquer, à la rigueur, pour forcer son conjoint à contribuer au-delà de sa part préétablie.

26. Une autre conséquence de l'emploi du critère de la part contributive pour déterminer l'obligation aux dettes et les recours des créanciers est que les dispositions des articles 46 et 47 proposés pour la contribution aux charges, mais pour déterminer cette contribution seulement entre les époux, deviennent nécessairement partie intégrante de la réglementation de l'obligation aux dettes, amalgamant ainsi dans celle-ci des articles qui ont toujours été considérés hors de la portée des créanciers³², et cela malgré la déclaration expresse du Comité à l'effet que les articles 46 et 47 ne visent que la contribution entre les époux³³.

27. Avant de faire l'analyse des autres dispositions proposées, il convient de soulever des remarques du Comité en rapport avec l'article 49 et, plus précisément, concernant le second alinéa. Dans les notes explicatives, le Comité affirme: « Le second alinéa étend aux deux époux le mandat

32. Voy. à titre d'exemple *C.P.R. v. Kelley*, [1952] 1 R.C.S. 521, conf. [1950] B.R. 79.

33. Voy. *R.F., I*, p. 158.

domestique de la femme mariée établi par l'article 180 du *Code civil* »³⁴. Affirmation déroutante, car parler de mandat dans le contexte du second alinéa de l'article 49 peut paraître une hérésie juridique. En effet, dans tout mandat, et aussi dans le mandat domestique, le mandataire agit pour et au nom du mandant et engage pleinement la responsabilité de ce dernier en autant qu'il agisse à l'intérieur des pouvoirs qui lui ont été donnés. Mais le mandataire n'agit jamais en son nom et n'engage pas sa responsabilité. Dès lors, dans le contexte de cet article 49 proposé, il est impossible de parler de mandat. Premièrement, parce que chaque époux a le pouvoir d'agir seul, exerçant une fonction à lui confiée par la loi et sans représenter son conjoint ; en second lieu, parce que le conjoint qui exerce cette fonction et contracte ainsi pour satisfaire les besoins du ménage s'engage pour le tout ; et enfin parce que dans la disposition proposée le conjoint non contractant n'est engagé que pour une part. Le mandat domestique — le mandat aussi — est une technique juridique bien déterminée et la solution proposée par le Comité est une autre technique fort différente et qui se situe à mi-chemin entre le mandat domestique, par lequel le mari seul est engagé, et la solidarité des époux dans les dettes contractées dans l'intérêt du ménage. Il s'agit, en effet, de l'une de ces demi-solutions auxquelles l'Office de revision nous a habitués dans le domaine de l'organisation patrimoniale de la famille.

29. Il nous semble que les seuls critères du mandat domestique qui pourraient être utiles pour résoudre quelques-unes des nombreuses questions soulevées par la solution hybride du Comité sont ceux dégagés par la jurisprudence pour tenir le mari responsable des dettes contractées par la femme ou, en revanche, pour l'exonérer. Ces critères pourront avoir une utilité certaine afin de déterminer s'il s'agit des dettes contractées pour les besoins courants du ménage ou s'il s'agit de dépenses extravagantes. Ces critères, dégagés par la jurisprudence³⁵, pourront être appliqués aux deux époux, si la proposition du Comité est sanctionnée.

34. *Id.*, p. 164.

35. Voy. *Frigon v. Côté*, (1875) 1 Q.L.R. 1952 (C.S. Trois-Rivières); *Hudon v. Marceau*, (1879) 23 L.C.J. 45 (C.A. 1878); *Brow v. Guy*, (1881) 5 L.N. 111 (C. rev.); *Morgan v. Vilbert*, (1906) 15 B.R. 407; *Dufresne v. Brousseau*, (1916) 49 C.S. 67; *Côté v. McLaughlin*, (1925) 63 C.S. 439; *Guillemette v. Bourret*, (1926) 64 C.S. 482; *Posen v. Faubert*, (1930) 36 R. de J. 154 (C.S. Mtl.); *Gratton v. Hermann*, (1931) 69 C.S. 479; *Gallick v. Crawford*, (1931) 69 C.S. 490; *Desruisseau v. Hume*, (1933) 55 B.R. 508; *Gauthier v. Aubert*, (1939) 77 C.S. 396; *Baron v. Court*, (1939) 77 C.S. 428; *Lightstone v. Holmes*, (1940) 78 C.S. 45; *Pridham v. Ruel*, [1943] R.L. 389 (C.S. Mtl.); *Brown & Co. v. Marlowe*, [1944] C.S. 61; *Lefebvre v. Labonté*, [1944] C.S. 256; *Barrette v. Durocher*, [1945] C.S. 477; *Hôpital Ste-Jeanne d'Arc v. Prud'homme*, [1949] C.S. 487; *Aubé v. Desmeules*, [1952] R.L. 479 (C.S. Gaspé); *Dominion Furniture Co. v. Rill*, [1952] C.S. 395; *Pépin v. de la Chevrotière*, [1959] C.S. 603; *Brenner v. Hirsh*, [1959] C.S. 79; *Dale and Co. v. Barnstone*, [1960] C.S. 52; *Gratton v. Dorfman*, [1960] C.S. 457; *Chez Bob Ltée v. Dolbec*, [1960] C.S. 419; *Elegance Ltd. v. Ellis*, [1964] C.S. 530; *Woodhouse & Co. v. Blouin*, [1966] C.S. 456; *Patrice Loranger Ltée v. Cotton*, [1967] R.L. 319 (C. prov.); *Larocque Ottawa Ltd. v. Therrien*, [1967] R.L. 563 (C. prov.); *T. Eaton Co. Ltd. of Montreal v. Egglefield*, [1969] C.S. 15; *Dupuis Frères Ltée v. Gauthier*, [1970] R.L. 178 (C. prov.); *M. Shuchat Fur Co. v. Pariseault*, [1972] C.A. 138.

30. Le Comité affirme, par ailleurs, qu'il « a rejeté, à la majorité, la solidarité pour les dettes ménagères, car il a été d'avis que l'obligation solidaire imposerait une trop lourde charge à l'époux qui n'a pas contracté lui-même la dette et n'est pas en mesure de l'assumer »³⁶. Mais la solution technique que le Comité propose recèle trop d'inconvénients pour nous y rallier. Nous demeurons convaincus que la solidarité est la solution technique qui s'impose dans un contexte d'équilibre entre époux. Bien sûr, aucun système juridique n'a imposé une solidarité totale et sans limites aux époux. Là où elle existe, les législateurs ont bien pris soin de l'exclure lorsqu'elle pourrait imposer une trop lourde charge à l'époux non contractant³⁷.

31. Le Comité propose aussi, à l'article 50, une disposition permettant à l'époux non contractant de s'exonérer à condition qu'il porte à la connaissance des tiers sa volonté de ne pas être engagé. Cet article reprend la disposition qui se trouve actuellement au second alinéa de l'article 180 du code. On peut s'interroger sur l'utilité de cet article 50 proposé. En effet, l'alinéa 2 de l'article 49 proposé permet déjà de limiter la responsabilité de l'époux non contractant à sa part contributive et, dès lors, la disposition de l'article 50 nous semble inutile, car un époux ne peut pas s'exonérer de toute contribution³⁸; ainsi, cet article pourrait être considéré comme un doublet du second alinéa de l'article 49.

Par ailleurs, nous ne voyons pas l'intérêt à maintenir une disposition qui a actuellement dans notre droit une portée pratique fort restreinte, puisqu'il est en fait impossible d'informer tous les fournisseurs éventuels du conjoint. Le fardeau de la preuve d'avoir porté à la connaissance des tiers sa volonté de ne pas être engagé revient à l'époux non contractant et il devra pouvoir surmonter la contre-preuve du tiers, qui pourra prétendre qu'il n'a pas reçu l'information, notamment dans le cas d'un avis publié dans un journal.

32. Enfin, on peut aussi s'interroger sur la nécessité de l'article 51 proposé. Il se limite à rappeler une des règles générales du contrat de mandat, qui n'a jamais été interdit entre époux, et qui, lorsqu'il existe, doit être régi par la réglementation du code dans ce domaine. La seule utilité possible est celle de mettre en évidence que les articles 49 et 50 proposés ne réglementent pas un mandat, malgré les dires du Comité, mais une autre « chose »; d'autant moins que le Comité affirme à propos de l'article 51: « L'article proposé vise une

36. *R.F.*, I, p. 166.

37. Cf. art. 12, al. 1, chapitre V, *G.B.*; A. SNAEVERR, « Recent Developments in the Status of Married Woman in Law and in Fact. Scandinavia », *Travaux du 9^e Colloque international de droit comparé*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1972, p. 251; art. 162, *B.W.*; *Req.* 31 oct. 1934, *D.* 1935. I. 73, note NAST; *Civ.* 11 avril 1964, *J.C.P.* 1964. II. 13747, note VOIRIN et *D.* 1965. 273, note CORNU; *Civ.* 19 oct. 1964, *J.C.P.* 1965. II. 14015, note PATARIN et *D.* 1965. 297, note R. SAVATIER; art. 220, *C.c. fr.*; J. PATARIN et G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. 1, Paris, *Répertoire du Notariat Desfrenois*, 1966, n^{os} 21-26, pp. 25-30; A. PONSARD, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 1966, n^{os} 13-16, pp. 8-9.

38. *Voy. supra*, n^o 20 et note 28.

situation où il existe un contrat de mandat entre époux et où les règles propres à ce contrat s'appliquent »³⁹. Cette explication apparaît comme un aveu du Comité à l'effet que dans les articles précédents il ne s'agissait pas de mandat.

* * *

33. Par rapport, donc, au premier élément constitutif du régime primaire, la contribution aux besoins de la famille, tous les législateurs qui ont adopté un régime primaire ont établi la contribution des époux à ces besoins, tout en reconnaissant la possibilité de contribuer selon des modes différents. Une fois cette obligation établie, ils ont aussi reconnu la responsabilité solidaire dans les dettes contractées pour satisfaire ces besoins⁴⁰. Ces deux aspects de cet élément constitutif sont trop étroitement reliés pour qu'on puisse réglementer l'un sans en faire autant pour l'autre.

Dans les deux cas, on limite les pouvoirs des époux, qui sentent ainsi la priorité des besoins de la famille sur leurs besoins individuels. Les législateurs qui ont agi ainsi, et nous sommes face à une tendance généralisée en droit comparé, l'ont fait dans le but de protéger la famille.

Le législateur québécois, cependant, n'a pas encore atteint le niveau des législateurs d'autres pays, à ce propos. Et le *Rapport sur la famille*, qui voudrait proposer un droit de la famille de l'avenir, malgré quelques pas en avant, demeure en-deçà du niveau général en droit comparé, notamment en ne reconnaissant pas explicitement la contribution en nature et excluant la responsabilité solidaire pour les dettes contractées pour les besoins de la famille.

Mais l'établissement de la contribution et de la responsabilité solidaire ne suffisent pas à protéger efficacement la famille. L'un des besoins, parmi les plus importants, d'une famille est d'avoir une demeure et les législateurs tendent à la protéger.

2 - La protection de la demeure familiale

34. Si la contribution aux besoins de la famille a été considérée traditionnellement, et à juste titre, comme l'élément indispensable de tout régime matrimonial, la protection de la demeure familiale nous apparaît comme un autre élément aussi indispensable de tout régime matrimonial, et plus précisément de tout régime matrimonial primaire. Il est même normal de considérer que le logement fasse partie des besoins auxquels les époux ont l'obligation de contribuer. Mais on n'a pas toujours mis en relief, en droit positif, que le logement devrait être protégé, même si pour ce faire il fallait limiter le droit que l'époux titulaire du logement pourrait avoir. Et pourtant, une des exigences premières de la vie commune est bien le logement dans lequel elle va pouvoir prendre place.

39. *R.F.*, I, p. 168.

40. *Voy. supra*, note 37.

35. Le Comité du droit des personnes et de la famille s'est publiquement et résolument engagé depuis 1971 dans la voie de la protection de la résidence familiale. Ses recommandations avaient été d'abord présentées, à cette date, sous la forme d'un rapport partiel qui devait s'intégrer dans le document complet sur la famille⁴¹, et, en novembre 1974 les propositions ont été substantiellement reprises dans le dernier rapport du Comité⁴². Nous avons critiqué, à l'époque, le premier rapport, soulignant principalement le fait d'avoir choisi de réglementer un seul élément constitutif du régime primaire, tout en apportant notre point de vue sur plusieurs des dispositions proposées⁴³. Nous avons eu aussi le loisir d'en faire une étude plus complète et de proposer d'autres solutions dans le contexte d'un régime primaire complet⁴⁴. Nous avons en outre, mais fort sommairement⁴⁵, exprimé notre opinion sur le deuxième rapport, qui, dans ce domaine, n'apporte pas grande nouveauté. En effet, les modifications introduites par le *Rapport sur la famille* étaient, pour la plupart, déjà établies dans un document de travail du Comité qui était connu en novembre 1971⁴⁶. Il ne s'agit pas ici de reprendre des études déjà faites. Il convient, néanmoins, d'esquisser les réformes proposées avec les critiques opportunes.

36. La technique principale mise de l'avant par le Comité pour limiter les pouvoirs des époux, afin de protéger la demeure familiale et son contenu, est l'exigence de la règle du concours pour tous les actes de disposition sur les biens protégés. Bien sûr, le choix de la résidence doit se faire par les époux de concert, avec recours au tribunal en cas de désaccord⁴⁷. Il s'agit, aussi pour le choix de la demeure, de la règle du concours. Les propositions visent la protection des meubles meublants affectés à l'usage du ménage dans la

41. Voy. O.R.C.C., COMITÉ DU DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE, *Rapport sur la protection de la résidence familiale*, Montréal, polycopié, 1971, cité dorénavant : *R.P.R.F.*

42. Voy. *R.F.*, I, pp. 175-204.

43. Voy. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 15. Pour d'autres critiques au *R.P.R.F.* voir aussi H. d'ANJOU, P. BRADLEY et J.-G. CAMPEAU, « La protection de la résidence familiale », (1972) 13 C. de D. 5-51; G. BEAUPRÉ, « Papa, maman, le juge et moi », *Barreau '71*, vol. 3, n° 5, p. 5; P. BÉLIVEAU, « Les prérogatives des époux relativement au choix et à la protection de la résidence familiale dans la perspective de la présentation de leur égalité et de leur autonomie juridique », Montréal, dactylographié (mémoire de maîtrise) 1971; A.-F. BISSON, « Brèves réflexions sur l'avant-projet de la loi relatif à la protection de la résidence (si peu) familiale », (1971) 31 R. du B. 449-451; J.-P. DUQUETTE, « Un droit familial nouveau ou... arbitraire? », *Le Devoir*, Montréal, 13 juillet 1971, p. 5; M. LAUZON, « La notion de domicile et l'avant-projet de loi relatif à la protection de la résidence familiale », (1971) 31 R. du B. 447-448; et, en défense, voir A. MAYRAND, « À propos du choix de la résidence familiale », *Barreau '71*, vol. 3, n° 5, p. 5.

44. Voy. E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 12, n° 311-338.

45. Voy. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 2.

46. Ce document porte la cote D/C/6.3. Il avait été rendu public par BÉLIVEAU, *op. cit. supra*, note 43, annexe B; il a aussi été publié en annexe à H. d'ANJOU, P. BRADLEY et J.-G. CAMPEAU, *loc. cit. supra*, note 43, pp. 48-51.

47. Voy. *R.F.*, I, art. 56 et *R.P.R.F.*, art. 1.

résidence familiale⁴⁸ et le droit au bail⁴⁹ sans soumettre cette protection à aucune exigence. En revanche, lorsque le droit par lequel la résidence familiale est assurée est la propriété ou d'autres droits réels, le Comité propose que la protection ne puisse jouer que lorsqu'une déclaration de résidence a été enregistrée contre l'immeuble⁵⁰. Et lorsque la règle du concours n'est pas respectée dans ces cas, le conjoint qui n'a pas donné son consentement peut demander l'annulation de l'acte, s'il ne l'a pas ratifié⁵¹ et sous réserve des actes à titre onéreux concernant des meubles meublants lorsque le cocontractant est de bonne foi⁵². Ce sont là les seules innovations importantes du *Rapport sur la famille*. Le Comité a ainsi uniformisé la sanction à l'infraction de la règle du concours. Dans le rapport précédent, l'action en nullité était accordée dans le cas des meubles meublants, alors que dans le cas du bail ou de la propriété, il s'agissait d'une inopposabilité doublée du maintien dans les lieux. En outre, le Comité a uniformisé les délais de prescription ; il propose un délai d'un an depuis la connaissance de l'acte, mais le droit à l'action s'éteignant à l'expiration des deux années qui suivent la passation de l'acte⁵³.

37. Le Comité propose aussi l'attribution à l'un des époux des meubles meublants, du logement ou de la propriété appartenant à son conjoint en cas de séparation de corps, divorce ou annulation du mariage. Dans tous les cas, c'est le tribunal qui peut accorder cette attribution préférentielle, mais « dans l'intérêt de la famille, sous tous les régimes et aux conditions qu'il juge raisonnables » pour les meubles meublants⁵⁴ ; alors que, dans le cas du droit au bail, cette attribution se fait seulement « aux conditions qu'il (le tribunal) estime raisonnables »⁵⁵. Cependant, si l'immeuble qui servait de résidence principale de la famille était la propriété de l'un des époux, alors l'attribution préférentielle, même en payant une soulte, ne pourra se faire que si le bien est parmi ceux sur lesquels seuls les époux ont des droits sujets à partage⁵⁶. Ce sont là les principales propositions de réforme dans le domaine de la protection de la résidence familiale.

48. Voy. *R.F.*, I, art. 57 et *R.P.R.F.*, art. 2.

49. Voy. *R.F.*, I, art. 61 et *R.P.R.F.*, art. 5.

50. Voy. *R.F.*, I, art. 62 et *R.P.R.F.*, art. 8.

51. Voy. *R.F.*, I, arts 58 et 63.

52. Voy. *R.F.*, I, art. 58, al. 2. Signalons que les notes explicatives à l'article 58 contiennent un autre *lapsus calami*. En effet, elles affirment que « l'époux demandeur a le droit de faire saisir le meuble avant le jugement et d'en exiger la remise en vertu de l'article 734, al. 5 du Code de procédure civile » (*R.F.*, I, p. 184). Ces explications correspondent au texte de l'art. 2 du *R.P.R.F.*, qui ne les contenait pas, d'ailleurs, mais les mots « faire saisir avant le jugement le meuble dont il est l'objet et en exiger la remise » qui se trouvaient à la fin du premier alinéa de l'art. 2 (*R.P.R.F.*) ne se trouvent pas à l'art. 58 proposé.

53. Voy. *R.F.*, I, art. 64.

54. Voy. *R.F.*, I, art. 59 et *R.P.R.F.*, art. 4.

55. Voy. *R.F.*, I, art. 68 et *R.P.R.F.*, art. 7.

56. Voy. *R.F.*, I, art. 69 et *R.P.R.F.*, art. 13.

38. Sommairement, rappelons les critiques que, d'après nous, méritent ces propositions. Tout d'abord, quant au choix de la résidence, il aurait fallu prévoir, en cas de désaccord, une solution à l'intérieur de la famille, avant d'avoir recours au tribunal. En tout état de cause, le principe de l'unanimité dans les décisions, principe manifesté par la règle du concours entre époux, ne peut conduire qu'à deux solutions : l'accord ou l'impasse. Dans le premier cas, la règle du concours est pleinement efficace, dans le second, en revanche, il faut l'écarter pour sortir de cette impasse. Le Comité propose un arbitre, le juge, comme moyen d'enfreindre la règle du concours ; nous pensons qu'il est préférable de trouver un pouvoir décisionnel à l'intérieur de la famille, avant de recourir au tribunal. Dans cet esprit, nous avons proposé d'accorder un vote prépondérant au conjoint qui supporte, à titre principal, les charges économiques de la famille, tout en accordant à son époux le droit de recourir au tribunal pour faire annuler le choix unilatéral lorsqu'il est fait à l'encontre des intérêts de la famille⁵⁷. Il est évident que cette première démarche, le vote prépondérant, pourrait être inapplicable dans les cas où le critère que nous suggérons serait inefficace et alors, le recours au tribunal s'imposerait, sauf si on trouvait d'autres critères pour accorder ce vote prépondérant.

39. Un autre aspect fort critiquable des propositions du Comité est l'exigence de l'enregistrement d'une déclaration de résidence comme condition d'applicabilité des mesures de protection, lorsque la résidence familiale est dans un immeuble propriété de l'un des conjoints. À cet égard, même si, dans un premier temps, l'enregistrement de la déclaration de résidence nous semblait une technique valable⁵⁸, dans un second temps, après avoir approfondi la question, nous sommes venus à la conclusion que cette technique pourrait aboutir à un anéantissement de la protection⁵⁹. Nous avons alors proposé une protection semblable à celle du bail, c'est-à-dire une protection *ex lege* en vertu de laquelle le consentement de l'époux non propriétaire serait exigé lorsque l'immeuble est effectivement employé comme résidence de la famille. Le notaire pourrait avoir la responsabilité de faire comparaître à l'acte le conjoint du vendeur soit pour déclarer que l'immeuble ne sert pas de résidence de la famille, soit, en revanche, pour donner son consentement⁶⁰. Ainsi il serait pallié à l'absence d'enregistrement. En effet, nous sommes convaincus que l'époux propriétaire ne sera pas trop empressé pour faire l'enregistrement de la déclaration et son conjoint, dans la plupart des cas, ne souhaiterait pas le faire trop vite non plus, car son geste pourrait être interprété comme manifestant de la méfiance à l'égard de son conjoint.

57. Voy. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 15, n° 2.1.2 et 2.1.3, pp. 321-322 ; E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 12, n° 331-333 ; voir aussi, dans le même sens, ANJOU-BRADLEY-CAMPEAU, *loc. cit. supra*, note 43, pp. 11-12.

58. Voy. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 15, n° 2.3.2, pp. 325-328.

59. Voy. E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 12, n° 335.

60. Voy. E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 12, n° 336 ; *id.*, *loc. cit. supra*, note 2.

40. Enfin le troisième aspect critiquable porte sur l'attribution préférentielle de la propriété de la résidence familiale. Le Comité limite cette attribution aux biens partageables, de sorte que dans bien des séparations de corps, divorces, annulations du mariage ou décès, le conjoint non propriétaire n'aura aucun recours pour obtenir la résidence familiale. En effet, si les époux sont mariés en séparation de biens, la résidence familiale sera exclue de cette attribution préférentielle, puisqu'elle ne fera jamais partie des biens partageables. Par ailleurs, en société d'acquêts ou en communauté de biens, si l'immeuble qui sert de résidence familiale est propre à l'un des époux ou, en communauté, réservé, il n'y aura pas non plus d'attribution préférentielle. Pour accorder efficacement une protection de la résidence familiale, même à la fin du régime matrimonial, il faut permettre l'attribution préférentielle toujours en exigeant, bien sûr, une soulte. Se limiter aux seuls biens partageables n'est pas la meilleure façon de protéger cette résidence⁶¹.

3 – La protection des intérêts de la famille par voie judiciaire

41. Le Comité du droit des personnes et de la famille propose une réglementation plus complète de l'intervention du tribunal afin de protéger la famille. On y trouve deux types de dispositions : d'un côté, les propositions dans le but d'éviter la paralysie des affaires de la famille, de l'autre, celles imposant une sanction à l'époux qui n'a pas respecté la règle du concours.

a) Les propositions dans le but d'éviter l'impasse

42. Conscient des dangers que peut entraîner la règle de l'article 40, al. 1 du *Rapport sur la famille*, en vertu de laquelle « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille », le Comité affirme qu'« il est indispensable de pouvoir recourir à un arbitre extérieur à la famille »⁶², même s'il reconnaît aussi que le recours au tribunal n'est pas la meilleure solution⁶³. Et dans cet esprit, ce même article 40, à l'alinéa 2, propose d'emblée un arbitrage général devant le tribunal dans tous les cas de désaccord, tout en lui imposant l'obligation de tenter d'amener les parties à s'entendre. Signalons que cette obligation imposée au tribunal est quelque peu utopique et aléatoire dans l'état actuel de l'organisation de nos tribunaux, car tous les juges ne possèdent pas la formation ni les aptitudes requises pour jouer le rôle du conciliateur. Le Comité, cependant, explique que cet arbitrage, cette conciliation, sera facilité lorsque les tribunaux de la famille auront été

61. Voy. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 15, nos 2.3.2.2 et 2.3.2.3, pp. 327-328 ; E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 12, n° 337.

62. *R.F.*, I, p. 150.

63. Voy. *id.*, p. 148.

créés⁶⁴. Souhaitons que ces tribunaux seront créés en même temps que les propositions du Comité seront devenu loi. Par ailleurs, le Comité donne un exemple, à l'article 48, où le tribunal pourra intervenir lorsque les époux sont en désaccord quant à leur contribution aux besoins de la famille. Le juge pourra alors déterminer la part contributive de chaque époux et les modalités de paiement.

43. Afin d'éviter la paralysie, lorsque les époux doivent agir ensemble, le Comité propose aussi, à l'article 41, une habilitation légale permettant à l'un des conjoints d'agir seul lorsque l'autre « ne peut manifester sa volonté ou ne peut le faire en temps utile ». Le but d'une telle disposition est d'écarter la règle du concours lorsque l'un des conjoints « est éloigné ou temporairement incapable de collaborer à la direction de la famille »⁶⁵. Ainsi, selon ces explications, l'habilitation légale ne prendra effet qu'en rapport avec la direction morale et matérielle de la famille, même si le libellé de l'article proposé pourrait avoir une portée plus générale. Mais la place qu'il occupe et les autres dispositions proposées semblent lui accorder une portée restreinte au domaine de l'autorité parentale. En revanche, il ne s'agit pas d'une habilitation limitée à un acte, mais plutôt à tous les actes qu'il faudra poser pendant la période d'éloignement ou d'incapacité temporelle de l'un des époux.

44. Toujours dans le même but mais, selon le contexte et les notes explicatives, lorsqu'il s'agit des actes concernant les biens des époux, le Comité propose, à l'article 52, la reprise de l'article 182 du *Code réglementant l'autorisation judiciaire*. À la différence de l'habilitation légale, dans la proposition que nous commentons maintenant, l'autorisation judiciaire est requise afin de permettre à un conjoint d'agir seul lorsque le consentement de l'autre est exigé selon les normes du régime primaire ou du régime matrimonial ou, encore, lorsqu'il refuse de donner son consentement sans que ce refus soit motivé par l'intérêt de la famille. On ne nous explique point pourquoi dans les cas envisagés à l'article 41 le consentement d'un seul époux suffit, alors que dans le cas de l'article 52 le recours au tribunal est requis. Nous comprenons bien ce recours lors d'un refus non motivé par l'intérêt de la famille, car alors, dans la logique du Comité, il s'agit d'un désaccord et cette situation fait appel à « l'arbitre extérieur ». Mais lorsque l'un des époux ne peut obtenir le consentement de son conjoint pour quelque cause que ce soit⁶⁶, c'est-à-dire lorsqu'il « est hors d'état de manifester sa volonté pour cause de maladie ou d'éloignement »⁶⁷, la situation n'est pas différente de celle envisagée à l'article 41. Dans les deux cas le concours ou le consentement du conjoint est requis, et, aussi dans les deux cas, il est dans

64. Voy. *id.*, p. 150 et O.R.C.C., COMITÉ DU TRIBUNAL DE LA FAMILLE, *Rapport sur le Tribunal de la famille*, Montréal, polycopié, 1975.

65. *R.F.*, I, p. 152.

66. Voy. *id.*, art. 52, al. 1.

67. *Id.*, p. 170.

l'impossibilité de le donner paralysant ainsi le fonctionnement de la famille. La seule différence, manifestée plus clairement dans les notes explicatives que dans les textes⁶⁸, est que l'article 41 ne vise que la direction morale et matérielle de la famille, alors que l'article 52 semble viser plutôt la règle du concours réglementée dans les régimes matrimoniaux secondaires et dans les dispositions concernant la protection de la résidence familiale. Bien sûr, dans le cas de l'article 41, l'habilitation légale s'étend pendant le temps nécessaire, alors que l'autorisation judiciaire semble⁶⁹ être donnée *ad casum*.

Mais nous sommes d'avis que, les difficultés que le Comité veut résoudre étant identiques, la solution aurait dû aussi l'être. Nous pensons que l'habilitation légale pourrait bien surmonter cette difficulté, d'autant plus que dans ces cas le conjoint qui n'a pas participé à l'acte ou à la décision pourrait bénéficier du recours en nullité, que nous étudierons plus loin.

45. Finalement, toujours dans le but d'éviter la paralysie des affaires de la famille, le Comité propose, reprenant ainsi une proposition du *Rapport Nadeau*⁷⁰, l'établissement d'un « mandat » judiciaire à l'article 45. Le but de cette disposition est fort différent des précédentes. Il s'agit, en effet, d'une habilitation judiciaire accordant à l'un des conjoints les pouvoirs que l'autre détenait exclusivement en vertu de la réglementation de leur régime matrimonial. C'est bel et bien un transfert de pouvoirs, avec la particularité que l'époux agit au nom de son conjoint, qu'il représente son conjoint, si bien que le Comité appelle ce mécanisme « mandat judiciaire ». Le Comité veut ainsi éviter la nomination d'un curateur lorsque l'incapacité est temporaire⁷¹. Le mécanisme de l'habilitation judiciaire est bien connu en droit comparé⁷². Nous pensons aussi⁷³ qu'une telle disposition pourra être bénéfique à la

68. Comp. arts 41 et 52 et pp. 152 et 170.

69. Nous disons « semble » parce que l'alinéa 2 de l'art. 52 parle d'une autorisation « pour un temps déterminé », expression qui peut faire penser à une répétition d'actes et qui alors, serait, à cet égard au même effet que l'art. 41. Cependant, l'art. 182 C.c. peut permettre d'accorder une autorisation *ad casum*, et ce sens se dégage aussi des al. 1 et 3 de l'art. 52 proposé.

70. Voy. O.R.C.C., *Rapport sur la capacité juridique de la femme mariée*, Montréal, Éditeur Officiel, 1964, p. 38.

71. Voy. *R.F.*, I, p. 156.

72. Cf. art. 165, *B.W.*; art. 219, *C.c. fr.* La différence essentielle entre cet article et l'article 217, sur laquelle la doctrine française insiste, est que l'article 217 entrera en jeu lorsque l'époux demandeur a des pouvoirs incomplets, alors que l'article 219 sera applicable lorsque l'époux demandeur est dépourvu de pouvoirs. Pour une étude de ces techniques en droit français, voir A. CHOTEAU, « Domaines d'application comparés des articles 217 et 219 du Code civil », *D.* 1949, chron. 93-94, et P. RAYNAUD, « L'habilitation judiciaire des époux depuis la loi du 22 sept. 1942 », (1946) 44 *Rev. trim. dr. civ.* 1-19. Malgré les modifications introduites aux articles 217 et 219 par la réforme de 1965, l'essentiel de ces textes reste inchangé; voir, cependant, pour les modifications introduites, PONSARD, *op. cit. supra*, note 37, nos 24-26, pp. 11-12 et art. 861, *C.p.c. fr.* selon le libellé du *D. n° 66-130 du 4 mars 1966*, *J.O.* 6 mars 1966, 1915; *D.* 1966, L. 199.

73. Voy. G. BRIÈRE, « Le nouveau statut juridique de la femme mariée », dans *Lois Nouvelles*, Montréal, P.U.M., 1965, p. 28.

famille, puisqu'elle permet à l'un des conjoints d'assumer des pouvoirs détenus par l'autre et conserve ainsi à l'intérieur de la famille la gestion de biens dont elle peut avoir besoin.

**b) Les propositions dans le but de sanctionner
l'infraction de la règle du concours**

46. De façon générale, la sanction proposée dans le cas de l'infraction de la règle du concours par l'un des conjoints est le recours en nullité accordé à l'autre. Cependant, au lieu de proposer une disposition générale dans ce sens, le Comité a préféré proposer cinq articles⁷⁴ tous dans le même sens, mais avec des nuances. Ainsi, l'article 54 vise les biens communs ou les acquêts, alors que l'article 58 est applicable aux meubles meublants garnissant la résidence principale de la famille, et l'article 63 énonce les droits par lesquels est assurée cette résidence. Dans ces cas, lorsque le consentement des deux conjoints est requis, celui qui ne l'a pas donné peut demander l'annulation de l'acte passé en infraction à la règle du concours. Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 54 et celui de l'article 58 contiennent tous deux la même exception à la sanction de nullité; elle vise les dispositions à titre onéreux des meubles à un tiers de bonne foi. En outre, les articles 55 et 64 réglementent le délai d'action et de prescription. Le premier de ces articles le fait par rapport à l'article 54, le second, par rapport aux articles 58 et 63. Dans tous les cas, le délai d'action est d'un an à compter de la date de la connaissance de l'acte par le conjoint qui n'a pas donné son consentement⁷⁵. En revanche, le délai de prescription est de deux ans après la dissolution de la communauté ou de la société d'acquêts⁷⁶ et aussi de deux ans, mais à compter de la passation de l'acte, pour la résidence familiale et son mobilier⁷⁷. En outre, le dernier alinéa de l'article 64 propose l'inopposabilité, pendant l'instance, de l'acte passé sans le consentement du conjoint.

47. Les seules différences véritables entre ces propositions, outre le champ d'application dans les trois premières que nous avons mentionnées (arts 54, 58 et 63), sont le point de départ du délai de prescription de l'action (la dissolution du régime à l'article 55, la date de la passation de l'acte à l'article 63) et l'inopposabilité, qui n'est pas prévue pour l'infraction de la règle du concours dans les régimes de société d'acquêts et de communauté. Pour le reste, tout est identique et c'est là une qualité. Mais l'éparpillement sur trois articles, d'un côté, et sur deux, de l'autre, peut être un défaut. Puisque nous ne voyons pas de motif pour ne pas accorder l'inopposabilité de l'acte pendant l'instance dans les cas de société d'acquêts et de communauté, il nous semble que deux articles auraient pu suffire.

74. Voy. *R.F.*, I, arts 54, 55, 58, 63 et 64.

75. Voy. *id.*, art. 55, al. 1 et art. 64, al. 1.

76. Voy. *id.*, art. 55, al. 2.

77. Voy. *id.*, art. 64, al. 2.

48. Ce troisième élément constitutif du régime primaire est, sans aucun doute, ancillaire aux deux premiers. En effet, l'intervention du tribunal, dans le but de protéger la famille, dépend des mesures de protection que le législateur a pu prendre pour la contribution aux besoins de la famille et la protection de la demeure. Ce troisième élément doit en outre s'adapter aux techniques procédurales éprouvées de différents systèmes juridiques.

Conclusion

49. La philosophie de base du *Rapport sur la famille* nous apparaît très faible. Cette faiblesse est fort probablement due au fait que dans la réglementation du droit de la famille, il est impossible de proposer une législation sans s'être auparavant prononcé sur les fondements philosophiques de la famille. On affirme constamment qu'elle est la cellule de base de la société. Si telle est la conviction des membres du Comité du droit des personnes et de la famille, il faut qu'elle se manifeste dans la réglementation qu'ils proposent. Malheureusement, ce n'est pas le cas dans le *Rapport* pris dans son ensemble, même si, çà et là, il y a des aspects positifs.

50. Par ailleurs, le Comité ne propose pas encore un régime primaire complet, même si plusieurs des recommandations sont très positives et vont dans le sens de l'équilibre entre les époux. Le chapitre sur les effets du mariage ne manifeste pas la conception globale du régime primaire. Il y a, mises de côté les opinions divergentes, bon nombre de solutions techniques déjà éprouvées en droit comparé que le Comité a écarté et il y a, aussi, cette division très nette entre la réglementation de la résidence familiale et les droits et devoirs des époux que met en évidence ce manque de conception unitaire. Si le *Rapport sur la famille* était sanctionné par le législateur dans sa teneur actuelle, le Québec aurait encore une législation sans régime primaire complet.